



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Pleno. Sentencia 738/2021

EXP. N.º 01146-2021-AA/TC

LIMA

PABLO JOSÉ ZAPATA LÓPEZ

REPRESENTADO POR ANDRÉS

AMÍLCAR ZAPATA SILVA

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 1 de julio de 2021, los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa (con fundamento de voto), Miranda Canales (con fundamento de voto), Blume Fortini, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera, han emitido, por mayoría, la sentencia que resuelve:

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda.
2. **DISPONER** que, en un plazo no mayor a 30 días hábiles, contados a partir de la fecha de notificación de la presente sentencia, la entidad emplazada, a través de alguna de sus oficinas o direcciones, emita un informe sobre la situación económica de don Pablo José Zapata López, así como de los otros criterios establecidos en los fundamentos 36 y 37 de la presente sentencia, con el objeto de determinar si le corresponde o no la adquisición y entrega del material biomédico de ayuda auditiva solicitado (audífonos).
3. **DISPONER** que la entidad emplazada informe a este Tribunal sobre lo ordenado precedentemente, inmediatamente luego de concluido el plazo ahí dispuesto.
4. **DISPONER** el pago de los costos procesales, que se liquidarán en ejecución de sentencia.

El magistrado Sardón de Taboada emitió voto singular declarando infundada la demanda de amparo.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza la sentencia y los votos antes referidos, y que los magistrados intervinientes en el Pleno firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SS.

LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01146-2021-AA/TC

LIMA

PABLO JOSÉ ZAPATA LÓPEZ

REPRESENTADO POR ANDRÉS

AMÍLCAR ZAPATA SILVA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, al primer día del mes de julio de 2021, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia; con los fundamentos de voto de los magistrados Ferrero Costa y Miranda Canales y el voto singular del magistrado Sardón de Taboada, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Andrés Amílcar Zapata Silva contra la resolución de fojas 304, de fecha 8 de setiembre de 2020, expedida por la Segunda Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 2 de marzo de 2016, don Andrés Amílcar Zapata Silva interpone demanda de amparo a favor de don Pablo José Zapata López, contra la Gerencia General de SALUDPOL, con el objeto de que se declare la inaplicación del numeral 8, del literal b, del artículo 29 del Decreto Supremo 002-2015-IN, Reglamento de la Ley del Fondo de Aseguramiento en Salud de la Policía Nacional del Perú; y, por ende, la nulidad del Oficio 063-2016-IN-SALUDPOL-GG, de fecha 10 de febrero de 2016, que denegó su solicitud de adquisición de dos audífonos para el paciente don Pablo José Zapata López. En consecuencia, solicita que la parte demandada adquiera y le entregue material biomédico de ayuda auditiva (audífonos para ambos oídos).

Manifiesta que su hijo, a favor de quien interpone la demanda, ha sido diagnosticado por junta médica de hipoacusia neurosensorial bilateral severa. Agrega que aquel se encuentra inscrito en el Registro Nacional de las Personas con Discapacidad del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables y que es dependiente de su persona, pese a que tiene veintiún años de edad; que en esas condiciones, ha concluido satisfactoriamente la primaria y secundaria y que actualmente ha tenido que suspender sus clases en la universidad Alas Peruanas debido a que carece de audífonos para continuar con sus estudios. Alega también que su hijo ha usado audífonos desde los dos años de edad y que como padre, pensionista del Ministerio del Interior, solicitó la adquisición de audífonos a fin de mejorar su condición de vida siguiendo la recomendación de la junta médica del hospital Luis N. Sáenz, de fecha 8 de julio de 2015.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01146-2021-AA/TC

LIMA

PABLO JOSÉ ZAPATA LÓPEZ

REPRESENTADO POR ANDRÉS

AMÍLCAR ZAPATA SILVA

Sostiene además que, a nivel administrativo, la entidad demandada, se encontraba gestionando la adquisición de biomédicos de ayuda auditiva (ambos audífonos) para su hijo; no obstante, posteriormente, fue notificado de la negativa de su pedido debido a que se le informó que conforme al numeral 8, del literal b, del artículo 29 del Decreto Supremo 002-2015-IN, los gastos de audífonos para sordera no son cubiertos por la entidad emplazada. Finalmente manifiesta que dicha normativa está dirigida para personas con pérdida total de la audición o, lo que es lo mismo, con sordera y que su hijo padece de hipoacusia neurosensorial bilateral severa, más no de sordera absoluta, con lo que no le sería aplicable la citada normativa. Aduce que todo ello viola los derechos a la igualdad ante la ley, a la seguridad social, a la salud, a la vida y al libre desarrollo de la personalidad de su hijo, al habersele denegado su acceso a material biomédico de ayuda auditiva (dos audífonos).

Contestación de la demanda

Con fecha 9 de setiembre de 2016, el procurador público adjunto a cargo de los asuntos jurídicos del Ministerio del Interior se apersona al proceso, deduce la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante, y contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente o infundada. Señala que los actos administrativos realizados por su representada no han determinado que los audífonos deban ser adquiridos por SALUDPOL, sino que únicamente han recomendado que es el adecuado para el uso del paciente; además, el material biomédico de ayuda auditiva no está considerado en su presupuesto. Manifiesta también que el numeral 8, del literal b, del artículo 29 del Decreto Supremo 002-2015-IN, Reglamento de la Ley del Fondo de Aseguramiento en Salud de la Policía Nacional del Perú, aprobado por Decreto Legislativo 1174, no cubre dicho material y que, en todo caso, se requiere de actuación probatoria, con lo cual, la vía que corresponde resolver el presente caso es la contenciosa administrativa.

Sentencia de primera instancia o grado

El Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución 7, de fecha 10 de marzo de 2017, declaró infundada la excepción de falta de legitimidad del demandante y mediante sentencia de fecha 4 de julio de 2019, declaró fundada la demanda, pues, a su juicio, no es posible que el Estado supedite el derecho a la salud y el libre desarrollo de don Pablo José Zapata López a criterios utilitaristas, basado en la lógica del costo-beneficio y/o costo-efectivo, ya que de ser así, el Estado estaría renunciando a su deber de otorgar todas las prestaciones necesarias para solucionar los problemas de salud, además porque proteger el derecho a la salud no solo implica prestar atención médica, sino también otorgar los soportes e instrumentos suficientes para que las personas puedan adaptarse a la sociedad y en particular, superar cualquier barrera que pudiera impedirle mejorar su condición de vida.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01146-2021-AA/TC

LIMA

PABLO JOSÉ ZAPATA LÓPEZ

REPRESENTADO POR ANDRÉS

AMÍLCAR ZAPATA SILVA

Resolución de segunda instancia o grado

La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución 16, de fecha 8 de setiembre de 2020, revocó la resolución apelada y declaró infundada la demanda, tras considerar que el hijo del recurrente es un beneficiario descrito en el punto 3 del numeral 19.2 del artículo 19 del Reglamento de la Ley del Fondo de Aseguramiento en Salud de la Policía Nacional del Perú, y como tal le corresponde el plan complementario de salud, a través del cual debe realizar copagos según los resultados de los estudios matemáticos efectuados para tal fin; y además porque el reglamento no cubre la adquisición de audífonos para sordera conforme a lo establecido en el numeral 8, del literal b, de su artículo 29, normativa que no contraviene la Constitución ni las leyes.

FUNDAMENTOS

§. Delimitación del asunto litigioso

1. El objeto del presente proceso constitucional es que se declare la inaplicación del numeral 8, literal b del artículo 29 del Decreto Supremo 002-2015-IN, Reglamento de la Ley del Fondo de Aseguramiento en Salud de la Policía Nacional del Perú; y, por ende, la nulidad del Oficio 063-2016-IN-SALUDPOL-GG, de fecha 10 de febrero de 2016, que denegó su solicitud de adquisición de dos audífonos para su hijo, el paciente don Pablo José Zapata López. En consecuencia, solicita que la parte demandada adquiera y le entregue el material biomédico de ayuda auditiva (dos audífonos) solicitado.
2. De otro lado, la parte demandada manifiesta, básicamente, que dicho material biomédico no está considerado en su presupuesto, y que el numeral 8 del literal b del artículo 29 del Decreto Supremo 002-2015-IN, Reglamento de la Ley del Fondo de Aseguramiento en Salud de la Policía Nacional del Perú, aprobado por Decreto Legislativo 1174, no cubre dicho material.
3. En la demanda se ha alegado la violación de los derechos a la igualdad ante la ley, a la seguridad social, a la salud, a la vida y al libre desarrollo de la personalidad, como consecuencia de la denegatoria de la adquisición y entrega de los audífonos solicitados. Este Tribunal estima pertinente examinar la controversia de autos a la luz del derecho fundamental a la salud y al libre desarrollo de la personalidad de don Pablo José Zapata López.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01146-2021-AA/TC

LIMA

PABLO JOSÉ ZAPATA LÓPEZ

REPRESENTADO POR ANDRÉS

AMÍLCAR ZAPATA SILVA

§. El carácter de los derechos sociales como auténticos derechos fundamentales y su efectiva realización en el marco del Estado social y democrático de derecho

4. La Constitución Política de 1993 recoge en el capítulo III del Título I (De la Persona y de la Sociedad) la regulación respecto de los derechos sociales y económicos. Al respecto, este Tribunal en reiterada jurisprudencia ha reconocido y garantizado la condición de los derechos sociales como auténticos derechos fundamentales. En este sentido, ha sostenido que los derechos fundamentales sociales no constituyen meras normas programáticas de eficacia mediata, como tradicionalmente se había señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de eficacia inmediata, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. Sin educación, salud y calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad e igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como la administración de justicia deban pensar en su reconocimiento en forma conjunta e interdependiente (Cfr. sentencia recaída en el Expediente 02016-2004-AA/TC, fundamento 10).
5. En esta línea, este Tribunal recuerda que toda política pública nace de obligaciones objetivas concretas que tienen como finalidad primordial el resguardo de derechos de las personas y que, en el caso de la ejecución presupuestal para fines sociales, esta no debe considerarse como un gasto, sino como una inversión social (Cfr. sentencia recaída en el Expediente 02016-2004-AA/TC, fundamento 17).
6. Lo señalado cobra sentido si se concibe que los derechos sociales se encuentran, en primera instancia, dentro de la obligación del Estado de proveer los recursos necesarios que hagan posible el efectivo ejercicio del principio-derecho a la dignidad de la persona (artículo 1 de la Constitución) y la satisfacción de sus necesidades humanas básicas encaminadas a su pleno bienestar (artículo 2, inciso 1 de la Constitución), esto a través de acciones concretas y permanentes del Estado y atendiendo a la sujeción de plazos razonables. En efecto, el concepto de progresividad del gasto público no está exento de observar el establecimiento de plazos razonables y adecuados a los fines que se pretende, ni de acciones concretas y constantes del Estado para el diseño y la implementación de políticas públicas (Cfr. sentencia recaída en el Expediente 02016-2004-AA/TC, fundamento 35).
7. Si bien es cierto que las dimensiones prestacionales de los derechos, que son un raso común a todos los derechos, incluyendo los sociales, ello no puede ser una excusa para incumplir o postergar indefinidamente su plena satisfacción. Al respecto, por ejemplo, no es posible alegar cuestiones de orden presupuestal o de falta de políticas públicas cuando resulta manifiesta la vulneración o amenaza de vulneración de derechos fundamentales sociales, pues resulta claro también que, sin involucrar mayores gastos que los ya presupuestados, la autoridad pública puede destinar parte



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01146-2021-AA/TC

LIMA

PABLO JOSÉ ZAPATA LÓPEZ

REPRESENTADO POR ANDRÉS

AMÍLCAR ZAPATA SILVA

de dichos recursos, priorizando la atención de situaciones graves y urgentes, considerando las circunstancias concretas de cada caso.

8. Con relación a la estructuración de las políticas públicas necesarias y suficientes para la realización de los derechos fundamentales sociales, no queda duda que resulta ajena a las competencias que, en un primer orden, corresponde a la judicatura constitucional y donde la actuación de jueces y juezas sobre la configuración de dichas políticas es excepcional.
9. No obstante, dejar la suerte de los derechos fundamentales sociales y, en particular, el derecho a la salud, como en el presente caso, solo en la voluntad de quienes formulan y ejecutan políticas públicas en salud, también resulta inadecuado desde un punto de vista constitucional. Ello sucede cuando en la práctica, los órganos correspondientes dejan de cumplir sus obligaciones constitucionales en la materialización de las medidas efectivas para alcanzar la realización plena del derecho a la salud. Por ello, se habilita las labores de interpretación constitucional y control constitucional que corresponde a la judicatura constitucional. Así también, las especiales circunstancias que se experimentan también refuerzan las responsabilidades que tienen los jueces constitucionales de alcanzar los fines o cumplir los principios normativamente dispuestos por el derecho a la salud. Todo ello atendiendo también a si se está dando cumplimiento a la dinámica de progresividad que corresponde a los derechos sociales (Cfr. sentencia recaída en el Expediente 03228-2012-PA/TC, fundamentos 36, 37 y 38).
10. En este orden de ideas, este Tribunal Constitucional ha dejado expresado (Cfr. sentencia recaída en el Expediente 01470-2016-HC/TC) que existen dos umbrales de protección para los derechos fundamentales y, en especial, para los derechos sociales. Un “primer umbral” está referido a aquellas exigencias *inmediatas e incondicionadas* que debe satisfacer el Estado cuando se encuentra frente a vulneraciones que ponen en riesgo la supervivencia de las personas, por ejemplo, en relación con la falta de satisfacción de necesidades humanas básicas (las llamadas “obligaciones mínimas esenciales”). Asimismo, existe un “segundo umbral”, relacionado con obligaciones estatales cuya finalidad es complementar y desarrollar las “obligaciones mínimas esenciales”, lo que implica el deber de “realizar, de manera progresiva, políticas programáticas orientadas a incrementar el nivel de bienestar social de los individuos, así como también a justificar las medidas que ha ido realizando en este sentido”. Respecto a este último umbral, este Tribunal ha venido consolidando con el tiempo el “examen para el control constitucional de las políticas públicas”, a través del cual, mostrando deferencia hacia las competencias de los poderes públicos, se ha exigido a las autoridades que cumplan con contar con políticas públicas idóneas referidas a los derechos sociales y con llevarlas a cabo (Cfr. sentencias recaídas en los Expedientes 02566-2014-PA/TC y 01470-2016-HC/TC).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01146-2021-AA/TC

LIMA

PABLO JOSÉ ZAPATA LÓPEZ

REPRESENTADO POR ANDRÉS

AMÍLCAR ZAPATA SILVA

§. El derecho fundamental social a la salud y el régimen de especial protección de las personas con discapacidad

11. A nivel internacional, el derecho fundamental social a la salud, se encuentra recogido en el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el cual expresa que “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, (...) y en especial, la asistencia sanitaria (...)”. Del mismo modo, ha sido prescrito por el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el cual precisa que “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: (...) d. la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.
12. Asimismo, el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, ha recogido el derecho a la salud del siguiente modo: “1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. 2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud, los Estados Partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: a) La atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b) La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado (...)”.
13. En el plano nacional, el artículo 7 de la Constitución Política ha reconocido el derecho fundamental a la salud, la del medio familiar y la de la comunidad. En el mismo sentido, en su artículo 9 ha establecido que corresponde al Estado determinar la política nacional de salud a través del Ejecutivo, cuya función básica es la de normar y supervisar su aplicación, y también le corresponde su diseño y la conducción, a fin de facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud.
14. La garantía de la protección del derecho a la salud no solo abarca la salud física, sino también la salud mental. Así también, el derecho a la salud supone que los servicios de salud brindados por el Estado para el efectivo ejercicio de dicho derecho tengan como características la disponibilidad, accesibilidad (lo que a su vez incluye la no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica o asequibilidad y acceso a la información), aceptabilidad y calidad. Todo ello implica que los servicios de salud deben ser dispensados de manera integral, es decir, con prestaciones que



EXP. N.º 01146-2021-AA/TC

LIMA

PABLO JOSÉ ZAPATA LÓPEZ

REPRESENTADO POR ANDRÉS

AMÍLCAR ZAPATA SILVA

supongan la promoción, prevención, recuperación y rehabilitación de la salud (Cfr. sentencia recaída en el Expediente 03228-2012-PA/TC, fundamentos 27 y 28).

15. En el mismo sentido, el artículo 7 de la Constitución ha consagrado un régimen de protección especial a las personas en situación de discapacidad. Así, ha establecido que “(...) La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”.
16. Conforme se desprende de dicho contenido normativo, el modelo de la Constitución de 1993, en sus orígenes, así como en la de 1979 (artículo 19), partió de una concepción que comprendía a la discapacidad únicamente como una enfermedad, pues se consideraba a la persona “incapacitada”, con “deficiencia física o mental” que “no puede velar por sí misma” y que tiene que estar “a cargo” de entidades bajo el “régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”. Incluso, en el debate constitucional, los asambleístas de la Constituyente de 1979 usaron términos como “minusválidos”, “impedidos físicos, sensoriales o mentales”, entre otros¹.
17. Dicho esquema iba de la mano con la perspectiva reflejada en el ámbito regional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), a través del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988, pues este, en su artículo 18, contempló la “protección a minusválidos”.
18. En ese sentido, la concepción de la discapacidad partía de un atributo puramente personal, y, por lo mismo, se adaptaba al modelo médico o rehabilitador, y no estaba conforme al modelo social de discapacidad, el cual encuentra reconocimiento en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a partir de la emisión de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas y su Protocolo Facultativo, que entiende a la discapacidad como el “resultado de la interacción o concurrencia de una situación particular del sujeto con las condiciones u obstáculos que la sociedad, con o sin intención, impone a este grupo de personas” (Cfr. sentencia recaída en el Expediente 00194-2014-PHC/TC, fundamento 11).
19. Dicha Convención y su protocolo facultativo fueron ratificados por el Perú mediante la Resolución Legislativa 2917 y el Decreto Supremo 073-2007-RE, respectivamente. De ahí la necesidad de que nuestro ordenamiento, así como la interpretación de las cláusulas constitucionales en temas de discapacidad, se

¹ Exposición de motivos del Decreto Legislativo 1384, que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 4 de setiembre de 2018.



EXP. N.º 01146-2021-AA/TC

LIMA

PABLO JOSÉ ZAPATA LÓPEZ

REPRESENTADO POR ANDRÉS

AMÍLCAR ZAPATA SILVA

adecuaran al nuevo enfoque del modelo social. En esa perspectiva, ya este Tribunal en la sentencia recaída en el Expediente 00194-2014-PHC, enfatizó que todos los derechos y libertades de las personas con discapacidad deben interpretarse bajo el esquema propuesto por el modelo social conforme ha sido desarrollado en anteriores resoluciones del mismo Tribunal (Cfr. Expedientes 02313-2009-PHC/TC, 02362-2012-PA/TC, 02437-2013-PA/TC y 04104-2013-PC/TC), y, a su vez, consideró que dicho modelo encuentra respaldo constitucional, combatiendo, de este modo, las desigualdades que históricamente han aquejado a este grupo social (fundamentos 15, 16 y 18).

20. El aludido modelo social se ha venido desarrollando a través de reformas legales. Así, en el año 2012, se aprobó la Ley 29973 –Ley General de la Persona con Discapacidad–, cuyo artículo 2, tal como lo hace el segundo párrafo del artículo 1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, definió a la persona con discapacidad como “aquella que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás”.
21. El enfoque social de las personas con discapacidad entiende básicamente que las limitaciones al ejercicio de sus derechos no radican en la persona en sí misma, ni en las deficiencias atribuidas a dichas personas, sino que su origen radica en la interacción de dichas deficiencias con barreras externas existentes en la sociedad y que le impiden su plena y efectiva participación como miembro de aquella en condiciones de igualdad². Ciertamente, el análisis parte desde el ámbito externo, y, en ese sentido, se entiende que una persona tiene discapacidad en tanto la sociedad la discapacita a través de las barreras³.
22. Las barreras discapacitantes pueden ser desde arquitectónicas y físicas hasta actitudinales. En el caso de las personas con discapacidad auditiva, las barreras físicas o barreras en la comunicación, imposibilitan la comunicación e información en cualquiera de los medios en que se produzca, esto es, existe impedimento para la emisión o recepción de mensajes y las barreras actitudinales pueden partir desde la desvalorización (no considerar sus opiniones) y miedo, hasta la desatención y rechazo de las personas con discapacidad. La consecuencia de dichas barreras es la imposibilidad o debilitamiento del proceso de integración social, educativa, profesional y laboral de las personas con discapacidad.

² Exposición de motivos del Decreto Legislativo 1384.

³ Barnes, Colin, “Un chiste malo: ¿rehabilitar a las personas con discapacidad en una sociedad que discapacita?”, en: BROGNA, Patricia (comp.), *Visiones y revisiones de la discapacidad*, Fondo de Cultura Económica, México, D. F., 2009, p. 113.



EXP. N.º 01146-2021-AA/TC

LIMA

PABLO JOSÉ ZAPATA LÓPEZ

REPRESENTADO POR ANDRÉS

AMÍLCAR ZAPATA SILVA

23. La obligación del Estado y de la Sociedad es eliminar las barreras que impidan el pleno ejercicio de los derechos y libertades de las personas con alguna discapacidad, y más bien, les corresponde generar las condiciones necesarias para el pleno goce de sus derechos. Dichas barreras también pueden configurarse en el ámbito de la salud de las personas con discapacidad. En efecto, es posible que las barreras físicas de las personas con discapacidad se originen debido a alguna circunstancia de salud que haga inviable una actuación plena de los derechos y libertades que, en igualdad de condiciones, les corresponde a las personas con discapacidad; por ejemplo, cuando no le es posible acceder a algunas de sus capacidades sensoriales debido a la ausencia de algún medio o material biomédico que corrija tal situación, como los adminículos de apoyo auditivo o audífonos para mejorar la audición o de algún tratamiento médico que revierta la situación.
24. De ahí que en materia de salud y discapacidad, la Ley General de la Persona con Discapacidad ha establecido, en concordancia con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que “la persona con discapacidad tiene derecho a gozar del más alto nivel posible de salud, sin discriminación. El Estado le garantiza el acceso a prestaciones de salud integrales de calidad e implementados con infraestructura, equipamiento y recursos humanos capacitados, incluidas la rehabilitación y la salud sexual y reproductiva” (artículo 26). Ello en el marco de uno de los principios rectores de la política y programas del Estado como es el principio de accesibilidad (apartado f, del numeral 4.1 del artículo 4 de la Ley). Es más, el artículo 33 (sobre medicamentos, tecnologías de apoyo, dispositivos y ayuda compensatoria), modificado por la Ley 30669, ha establecido lo siguiente:
- “33.1 El Ministerio de Salud y los gobiernos regionales garantizan la disponibilidad y el acceso de la persona con discapacidad a medicamentos de calidad, tecnologías de apoyo, dispositivos y la ayuda compensatoria necesaria para su atención, habilitación y rehabilitación, tomando en cuenta su condición socioeconómica, geográfica y cultural.
- 33.2 Los servicios de medicina, habilitación y rehabilitación del Seguro Social de Salud (Essalud) y los hospitales de los ministerios de Defensa y del Interior los proporcionan directamente.
- 33.3 El Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (CONADIS), las Oficinas Regionales de Atención a las Personas con Discapacidad (OREDIS), y las Oficinas Municipales de Atención a las Personas con Discapacidad (OMAPED) en el marco de las funciones que les asignan en el literal a) del artículo 64 y el literal a) del inciso 2 del artículo 69 de la presente ley, elaboran estrategias, planes, acciones o cualquier otra herramienta de gestión multianual pertinente para lograr el acceso de tecnologías de apoyo, dispositivos y ayudas compensatorias para personas con discapacidad.
- 33.4 Las herramientas de gestión a las que hace referencia el párrafo 33.3, son elaboradas sobre la base de la evidencia, multisectorialmente y están orientadas a lograr la accesibilidad, dando atención preferente a la investigación, la docencia y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01146-2021-AA/TC

LIMA

PABLO JOSÉ ZAPATA LÓPEZ

REPRESENTADO POR ANDRÉS

AMÍLCAR ZAPATA SILVA

el ejercicio profesional en las etapas de diseño, manufactura, suministro, entrega de servicios, mantenimiento y refacción”.

25. En el mismo sentido, el artículo 21 de la citada ley y en particular, con relación a la accesibilidad en la comunicación, ha establecido que el Estado garantiza a la persona con discapacidad el acceso y la libertad de elección respecto a los distintos formatos y medios utilizables para su comunicación. Estos incluyen la lengua de señas, el sistema braille, la comunicación táctil, los macrotipos, la visualización de textos, los dispositivos multimedia, el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos y medios aumentativos o alternativos de la comunicación.
26. De lo que se trata es de asegurar no solo el efectivo ejercicio del derecho a la salud de las personas con discapacidad, sino además que ellas logren alcanzar el goce pleno de su derecho al libre desarrollo y bienestar (artículo 2.1 de la Constitución). Por ello, si existe alguna situación que pueda mejorar la condición de vida, salud y lograr remover los obstáculos que impidan el pleno goce de sus derechos, sin afectarse en ningún caso su autonomía, libertad e independencia, el Estado está en la obligación de otorgar medidas que fomenten el desarrollo autónomo de las personas con discapacidad.

§. Libre desarrollo de la personalidad y discapacidad

27. El Tribunal Constitucional tiene establecido que dado que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1 de la Constitución), y que, en consecuencia, no cabe tratar a un ser humano como simple medio, sino, por el contrario, como fin en sí mismo, puede afirmarse que el fundamento material del constitucionalismo moderno “está cifrado, ante todo, en la libertad del ser humano, sobre la cual tiene derecho a construir un proyecto de vida en ejercicio de su autonomía moral, cuyo reconocimiento, respeto y promoción debe ser el principio articulador de las competencias y atribuciones de los poderes del Estado” (Cfr. sentencia recaída en el Expediente 0032-2010-PI, fundamento 17).
28. Esa libertad general se concretiza en el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, reconocido en el artículo 2, inciso 1, de la Constitución. Así, tal como ha sostenido este Tribunal, “el derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres. (...). Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01146-2021-AA/TC

LIMA

PABLO JOSÉ ZAPATA LÓPEZ

REPRESENTADO POR ANDRÉS

AMÍLCAR ZAPATA SILVA

salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra”. (Cfr. sentencia recaída en el Expediente 02868-2004-PA, fundamento 14).

29. Así las cosas, en el caso de las personas que se encuentran en pleno ejercicio de su capacidad jurídica, el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, como regla general, solo puede ser limitado con la finalidad de proteger derechos fundamentales de terceros. Esto no quiere decir, sin embargo, que, de modo excepcional, no resulte constitucionalmente viable establecer ciertas restricciones al referido derecho. No obstante, en estos casos el beneficio no puede ser otro que la protección de la propia autonomía de la persona, y siempre a través de medidas proporcionales y razonables.
30. Ahora bien, en cuanto a las posiciones iusfundamentales protegidas por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, no se trata de amparar constitucionalmente cualquier tipo de atribuciones o facultades que el ordenamiento jurídico pudo haber regulado en favor de las personas, sino que dichas posiciones deben guiarse por todas aquellas situaciones que sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona.
31. Uno de esos ámbitos de libertad es la que recae sobre el ámbito de los derechos de las personas con discapacidad, pues conforme se ha manifestado antes, existen barreras arquitectónicas, físicas y actitudinales que impiden o restringen esa esfera de libertad; por ello, resulta prioritario que tanto el Estado como la sociedad remuevan dichas barreras. Ello significa también proteger el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás. De allí que se haya consagrado en la Convención sobre Derecho de las Personas con Discapacidad las obligaciones de los Estados de adoptar las medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de todos los derechos de las personas con discapacidad, a fin de lograr la plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando, entre otras cosas, el acceso a los derechos a la salud, educación, a vivir de forma independiente, etc.
32. De la misma manera ha sido entendida esta obligación por este Tribunal, al considerar que “la adopción de medidas de esta clase (ajustes razonables) no se justifica en la discapacidad en sí misma o en la idea de que esta incapacite para lograr el progreso y en que, por dicha razón, el Estado tenga que dictar medidas de carácter asistencialista a favor de estas personas, sino en el hecho de que su exclusión de los diversos procesos sociales se ha originado en las condiciones y características del ambiente o entorno social en el que se han visto forzadas a interactuar” (Cfr. sentencia recaída en el Expediente 02437-2013-PA/TC, fundamento 8).



EXP. N.º 01146-2021-AA/TC

LIMA

PABLO JOSÉ ZAPATA LÓPEZ

REPRESENTADO POR ANDRÉS

AMÍLCAR ZAPATA SILVA

§. La exclusión de ciertos tratamientos, medicamentos y material biomédico de las coberturas médicas como prestaciones del Estado

33. Según el Anexo 2 del Programa Presupuestal 0129 Prevención y Manejo de Condiciones Secundarias de Salud en Personas con Discapacidad del 2018⁴ del Ministerio de Salud, quinientos treinta y dos mil personas en el Perú tienen problemas para oír de forma permanente, inclusive usando audífonos. Las personas que presentan este tipo de capacidad utilizan como apoyo para comunicarse su voz (19.8 %), gesto y manos (11.9 %), lectura de los labios (3.9 %) y lenguaje de señas (2.9%). Se agrega en dicho informe que según el Instituto Nacional de Estadísticas e Informática (INEI), el 88.6 % de las personas con alguna discapacidad no recibieron tratamiento y/o terapia de rehabilitación, y solo el 11.4 % sí recibió alguna terapia o tratamiento.
34. En el marco de las obligaciones asumidas por el Estado peruano para la protección de las personas con discapacidad, en diversas oportunidades Essalud ha hecho entrega a sus asegurados de dispositivos audífonos médicos a través de sus redes asistenciales, en diversas regiones del país⁵. No obstante ello, aún persiste la exclusión de ciertos tratamientos, medicamentos y material biomédico en hospitales y en los sistemas nacionales de salud. Una de ellas es la que corresponde al sistema de salud policial. En efecto, si bien el Decreto Legislativo 1174, Ley del Fondo de Aseguramiento en Salud de la Policía Nacional del Perú, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 7 de diciembre de 2013, regula los alcances del Fondo de Aseguramiento en Salud de la Policía Nacional del Perú (SALUDPOL); no obstante, se indica que los alcances de las coberturas y el financiamiento de los planes de aseguramiento en salud, se establecerán en el reglamento respectivo (artículo 3, último párrafo). Así, mediante Decreto Supremo 002-2015-IN, se aprobó su reglamento, y este, en su artículo 29, con relación a las coberturas médicas, preceptúa lo siguiente:

Los Planes de Aseguramiento de SALUDPOL definirán las coberturas sobre el otorgamiento de prestaciones o productos, bajo los siguientes lineamientos:

- a. El SALUDPOL no otorga subsidios de ninguna naturaleza. Se entiende por subsidios, las prestaciones económicas por incapacidad temporal, por maternidad, por lactancia, por sepelio, entre otras.
- b. El SALUDPOL no cubre los siguientes tratamientos y/o gastos:

⁴ Recuperado de <https://www.minsa.gob.pe/presupuestales2017/doc2018/pp/anexo/8/ANEXO2.pdf>

⁵ Recuperado del portal web de Essalud: <http://www.essalud.gob.pe/essalud-loreto-entrega-76-audifonos-medicados-a-pacientes-con-discapacidad-auditiva/>, <http://www.essalud.gob.pe/essalud-loreto-entrega-44-audifonos-medicados-a-pacientes-con-discapacidad-auditiva/>, <http://www.essalud.gob.pe/essalud-moquegua-entrega-audifonos-y-devuelve-audicion-a-pacientes-asegurados/>



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01146-2021-AA/TC

LIMA

PABLO JOSÉ ZAPATA LÓPEZ

REPRESENTADO POR ANDRÉS

AMÍLCAR ZAPATA SILVA

- 1) Atenciones médicas no autorizadas, a excepción de las comprendidas en la Prioridad I, efectuadas en otras IPRESS.
 - 2) Prótesis dentales, implantes osteointegrados y ortodoncias con fines estéticos.
 - 3) Adquisición de anteojos, cristales, lentes de contacto y otros métodos correctivos ópticos.
 - 4) Prótesis ortésicas en general.
 - 5) Medicina y material biomédico no considerado en el Petitorio Institucional vigente.
 - 6) Soportes funcionales o estáticos, plantillas, calzado ortopédico y elementos afines.
 - 7) Suministro de muletas, aparatos o equipos ortopédicos, prótesis.
 - 8) Audífonos para sordera.
 - 9) Cirugía estética o plástica para fines cosméticos.
 - 10) Lesiones autoinfligidas intencionalmente y sus secuelas
 - 11) Accidentes como consecuencia de prácticas deportivas de alto riesgo, tales como, motocross, carrera de autos, aviación deportiva, caza submarina, paracaidismo, ala delta, rapel, parapente, surf, alpinismo.
 - 12) Atenciones con financiamiento de otra fuente: SOAT y otros
 - 13) La atención y complicaciones por aborto no espontáneo, ni terapéutico.
(...).
35. Resulta claro que existen algunos tratamientos, medicamentos y material biomédico no cubiertos por el sistema de aseguramiento policial, hecho que, en definitiva, incidiría, en diversas situaciones, sobre el ejercicio efectivo de derechos fundamentales sociales en temas de salud y en algunos casos, además, sobre personas con discapacidad. A ello hay que agregar que el objeto del Estado, en materia de salud no solo es lograr el aseguramiento universal en salud, a fin de garantizar el derecho pleno y progresivo de toda persona a la seguridad social en salud, y normar el acceso y las funciones de regulación, financiamiento, prestación y supervisión del aseguramiento (artículo 1 de la Ley 29344, Marco de Aseguramiento Universal en Salud); sino también lograr la realización del principio de integralidad, que consiste en otorgar todas las prestaciones necesarias para solucionar determinados problemas de salud (artículo 4, numeral 4 de la citada ley).
36. Sin embargo, a juicio de este Tribunal, las exclusiones de las coberturas médicas del sistema de salud público, en el marco del proceso de aseguramiento universal e



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01146-2021-AA/TC

LIMA

PABLO JOSÉ ZAPATA LÓPEZ

REPRESENTADO POR ANDRÉS

AMÍLCAR ZAPATA SILVA

integral de salud, deben constituir la excepción y no la regla. Para ello no solo se debe cumplir con la regulación expresa de las exclusiones médicas, sino que además se debe otorgar la oportunidad a quienes requieren tales tratamientos, medicamentos o material biomédico no cobaturados (no financiados ni subsidiados), de acreditar que se encuentran en la imposibilidad de acceder por sus propios medios a dichos servicios o bienes, a través de algún comité evaluador u oficina de ayuda o bienestar social de la entidad responsable.

37. En tal sentido, en los supuestos de las exclusiones de los medicamentos, tratamientos y material biomédico, entre otros, se deberán considerar como criterios a seguir, los siguientes:

- a. Que el medicamento, tratamiento o material biomédico haya sido prescrito por una junta médica adscrita al sistema de salud en la cual se encuentre asegurado o asegurada el paciente o la paciente.
- b. Que la falta del medicamento, tratamiento o material biomédico amenace con vulnerar o vulnere los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del asegurado o asegurada, u otros derechos conexos con el derecho fundamental a la salud.
- c. Que el medicamento, tratamiento o material biomédico excluido no pueda ser reemplazado por otro que figure dentro de los planes obligatorios de salud.
- d. Que el paciente o la paciente no tenga capacidad de pago para sufragar el costo del medicamento, tratamiento o material biomédico respectivo.

§. Análisis del asunto controvertido

38. En el presente caso, no se encuentra en discusión que don Pablo José Zapata López padece de hipoacusia neurosensorial bilateral, conforme se desprende de la Resolución Directoral 2899-2008-DGPDIS/REG/MINDES, de fecha 14 de abril de 2008 (f. 7), que resolvió incorporarlo al Registro de Personas Naturales del Registro Nacional de la Persona con Discapacidad a cargo de la Dirección General de la Persona con Discapacidad del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (hoy, Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables); y también del carné de inscripción ante el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (Conadis) N° 02899-2008 (f. 4) y del Certificado de Discapacidad 031-2008, de fecha 28 de enero de 2008 (f. 5).

39. Tampoco se encuentra en conflicto que don Pablo José Zapata López forma parte del Fondo de Aseguramiento en Salud de la Policía Nacional del Perú, en virtud de lo ordenado por la sentencia de fecha 25 de noviembre de 2013, expedida por el Noveno Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima (f. 50), que declaró



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01146-2021-AA/TC

LIMA

PABLO JOSÉ ZAPATA LÓPEZ

REPRESENTADO POR ANDRÉS

AMÍLCAR ZAPATA SILVA

fundada la demanda interpuesta por el padre de aquel (el recurrente en el presente proceso) y dispuso que la parte demandada en dicho proceso le entregue la tarjeta de prestación de salud. Dicha sentencia fue confirmada mediante la Resolución 5, de fecha 14 de enero de 2015 (f. 52), expedida por la Quinta Sala Civil. Consta en autos la referida tarjeta de prestación de salud 2015-017403 (f. 49).

40. Con fecha 8 de julio de 2015, don Andrés Amílcar Zapata Silva (f. 10) solicitó al general médico PNP director del Hospital Luis N. Sáenz la adquisición y entrega de audífonos para ambos oídos (derecho e izquierdo) de su hijo, en mérito al Informe de Junta Médica 755.14.HN.LNS.PNP.DIV.CIR.DOTO.CC. y C., de fecha 21 de octubre de 2014. Dicha solicitud fue tramitada al interior de la institución, conforme se desprende del documento DEV. Nro. 364-2015 DIREJESAN.PNP.HNLNSPNP. DOTO.CC y C., de fecha 31 de agosto de 2015 (f. 12) y a través del Oficio 439-2015DIREJESAN.PNP/DIREJOOS/HN.LNS.DIVCIR/ D.OTO.CCYCA, de fecha 31 de agosto de 2015 (f. 13), con el asunto: “adquisición de equipo médico”.
41. También obra en autos (f. 14) el Acta de Junta Médica 152-2015.HN.LNS.PNP.DIV.CIR.DOTO.CC. y C., de fecha 31 de agosto de 2015, que incluye entre sus recomendaciones, la de que el paciente requiere “ayuda auditiva bilateral (audífonos) y “uso de audífonos bilateral”; resumen de historia clínica de la misma fecha y con las mismas recomendaciones (f. 15), y el formato de requerimiento de bienes y servicios, de fecha 31 de agosto de 2015 (f. 16), a través del cual el jefe del servicio y el jefe de la unidad asistencial de la emplazada solicitan al Departamento de Otorrinolaringología y Cabeza y Cuello del hospital Luis N. Sáenz, la adquisición de dos unidades de ayuda auditiva bilateral (audífonos) con el siguiente sustento: “adquisición para tratamiento médico de hipoacusia neurosensorial bilateral para el paciente Zapata López, Pablo José, hijo del capitán PNP”.
42. En el mismo sentido, se advierte el informe justificatorio para la adquisición de equipo biomédico (audífonos), de fecha 31 de agosto de 2015 (f. 19), suscrito por doña Ana Rosa Sierra Velarde, en su calidad de coronel médico PNP (otorrinolaringólogo) con el siguiente tenor:
 1. Paciente varón de 20 años con diagnóstico de hipoacusia neurosensorial bilateral de larga data, con buena discriminación de palabra, debe usar audífonos bilateral para mejorar su audición y así poder mejorar su calidad de vida.
 2. Por lo anterior expuesto, es de necesidad urgente la adquisición.
43. Finalmente, con fecha 23 de febrero de 2016, se le notifica al demandante el Oficio 063-2016-IN-SALUDPOL-GG, de fecha 10 de febrero de 2016 (f. 23), a través del cual se le informa que de conformidad con lo establecido en el numeral 8, del literal b, del artículo 29 del Reglamento de la Ley del Fondo de Aseguramiento en Salud de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01146-2021-AA/TC

LIMA

PABLO JOSÉ ZAPATA LÓPEZ

REPRESENTADO POR ANDRÉS

AMÍLCAR ZAPATA SILVA

la Policía Nacional del Perú, SALUDPOL no cubre audífonos para sordera, por lo que no es posible atender a su solicitud de adquisición.

44. En definitiva, la solicitud de adquisición y entrega de equipo biomédico para mejorar la audición de don Pablo José Zapata López, quien padece de hipoacusia neurosensorial bilateral, fue rechazada debido a que la entidad emplazada se habría sujetado únicamente a lo dispuesto en el numeral 8, del literal b, del artículo 29 del Reglamento de la Ley del Fondo de Aseguramiento en Salud de la Policía Nacional del Perú, que establece que SALUDPOL no cubre como tratamiento y/o gasto, entre otros, los audífonos para sordera. Dicho rechazo se habría resuelto sin realizar mayor análisis de la posible violación sobre derechos fundamentales sociales, ni de la interpretación de aquellas otras disposiciones nacionales e internacionales de protección de las personas con discapacidad que, conforme se ha indicado, son sujetos de especial protección.
45. Dicha posición se ve reforzada en el escrito de contestación a la demanda, en el que la emplazada manifiesta que no corresponde la adquisición y entrega del material biomédico solicitado, en virtud de la disposición cuestionada en autos, y además porque dicho material biomédico no está considerado en su presupuesto institucional.
46. Ahora bien, es cierto que la demandada debe sujetarse a las normas establecidas para el cumplimiento de sus funciones, por la naturaleza de las mismas, establecidas como normas de desarrollo constitucional, en particular, la Ley 29344, Marco de Aseguramiento Universal en Salud, cuyo objeto es garantizar el derecho pleno y progresivo de toda persona a la seguridad social en salud, así como normar el acceso y las funciones de regulación, financiamiento, prestación y supervisión del aseguramiento (artículo 1), y también incluye, entre las instituciones administradoras de fondos en aseguramiento en salud, a la sanidad de la Policía Nacional del Perú y los autoseguros y fondos de salud (artículo 7), entre otros.
47. En el mismo sentido, se tiene el Decreto Legislativo 1174, Ley del Fondo de Aseguramiento en Salud de la Policía Nacional del Perú; el Decreto Legislativo 1175, Ley del Régimen de Salud de la Policía Nacional del Perú, y los reglamentos emitidos que desarrollan dichas leyes como el reglamento materia de autos.
48. Ocurre, sin embargo, que la entidad emplazada ha dado preeminencia a la aplicación e interpretación que ha realizado de las disposiciones especiales establecidas en su reglamento, excluyendo cualquier análisis de violación de derechos fundamentales, así como del contenido desarrollado en la Ley 29773, General de la Persona con Discapacidad y la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, que consagran que la persona con discapacidad tiene derecho a gozar del más alto nivel posible de salud, sin discriminación (artículo 1), así como lo dispuesto en su



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01146-2021-AA/TC

LIMA

PABLO JOSÉ ZAPATA LÓPEZ

REPRESENTADO POR ANDRÉS

AMÍLCAR ZAPATA SILVA

artículo 33 respecto de los medicamentos, tecnologías de apoyo, dispositivos y ayuda compensatoria, que prescribe que los servicios de medicina, habilitación y rehabilitación de Essalud y los hospitales del Ministerio de Defensa y del Interior los proporcionan directamente. En buena cuenta, omitió su deber de interpretar las normas técnicas dispuestas conforme a la Constitución y a sus normas de desarrollo en materia de discapacidad y salud, hecho que no constituye una alternativa para la administración pública, sino una obligación absoluta.

49. Ciertamente, existen circunstancias en las que la aplicación de las disposiciones, incluso infraconstitucionales, a algún caso concreto, puede acarrear problemas que incidan en la vulneración de algún(os) derecho(s) fundamental(es) como en el presente caso. Sin embargo, ello no significa que dichas disposiciones sean inconstitucionales o inválidas *per se*; sino que la correcta aplicación de ellas debe darse ponderando también otros derechos, principios o valores que se encuentran en la Constitución, en las normas de desarrollo constitucional y en las normas y estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
50. Ahora bien, en el análisis del presente caso, hay que tener en cuenta el mandato conforme al cual la persona con discapacidad tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad (artículo 7 de la Constitución). Por ello, resulta primordial que las personas con discapacidad puedan disfrutar plenamente todos sus derechos, entre ellos la salud, el principio-derecho a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad.
51. Además porque las personas con discapacidad se encuentran en el grupo de sujetos que merecen una especial protección de parte del Estado y de la sociedad, por lo que básicamente son las autoridades públicas, funcionarios y empleados del aparato estatal quienes tienen el deber de cautelar, en todo momento, sus derechos, en procura de eliminar las barreras que impidan su pleno desarrollo.
52. Así, este Tribunal considera que la entidad demandada no ha dado una debida atención a la solicitud de adquisición y entrega del equipo biomédico de ayuda auditiva (audífonos) a favor de don Pablo José Zapata López, en la medida en que previamente a optar por una decisión de rechazo absoluto para la adquisición y entrega de dichos biomédicos, debió analizar la situación concreta que rodea tanto al demandante como a su hijo, en aras de dispensar una debida atención en la salud y el pleno desarrollo de la personalidad a favor de quien se solicita la ayuda médica.
53. Ello además es así porque el no uso de los audífonos médicos recomendados mediante acta de junta médica, en diversas oportunidades, no solo causaría dificultades de orden práctico al favorecido, sino que le podría impedir el ejercicio



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01146-2021-AA/TC

LIMA

PABLO JOSÉ ZAPATA LÓPEZ

REPRESENTADO POR ANDRÉS

AMÍLCAR ZAPATA SILVA

de otros derechos o desprotección de otros bienes protegidos constitucionalmente, como el derecho a la educación, la integración laboral, profesional, entre otros.

54. Por consiguiente, entre varias alternativas interpretativas en relación con el pedido del demandante, la obligación de la administración pública era optar por aquella que mejor optimice el contenido del derecho a la salud y del libre desarrollo de la personalidad, cuya debida protección es condición *sine qua non* para el ejercicio de otros derechos y bienes protegidos constitucionalmente. En ese sentido, la entidad emplazada no debe encontrar en las disposiciones y procedimientos que rigen su actuación, mecanismos que relativicen la efectiva vigencia de los principios, valores y derechos constitucionales, sino más bien canales que, interpretados a luz de la Constitución, las normas de desarrollo constitucional y las normas internacionales sobre protección de los derechos humanos, permitan concretizar la especial protección que la Constitución ha establecido para las personas con discapacidad.
55. Ahora bien, no puede soslayarse que el caso de autos versa sobre el ejercicio efectivo de derechos fundamentales sociales, en particular, del derecho a la salud de don Pablo José Zapata López, vinculado a su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a través de la eventual adquisición y entrega de material biomédico de ayuda auditiva (audífonos), bien que no se encontraría presupuestado, a decir de la demandada, y que genera un gasto público –aunque ya este Tribunal haya manifestado que con relación a los derechos sociales, los gastos que se generen deben considerarse una inversión social–. Además, este Tribunal Constitucional consideró, en anterior oportunidad, que la satisfacción de las necesidades deben enfocarse de manera prioritaria en aquellos que no puedan cubrirlas por sí mismos cuando se encuentren en situación de pobreza extrema (Cfr. sentencia recaída en el Expediente 02945-2003-AA/TC, fundamento 48) o cuando se haya acreditado como condiciones previas la pobreza y la vulnerabilidad de la persona (Cfr. sentencia recaída en el Expediente 01470-2016-PHC/TC, fundamento 33). Criterios que deberán ser tomados en cuenta en el presente caso.
56. Ello es así en la medida en que el enfoque social de discapacidad no significa que el Estado tenga que dictar medidas de carácter asistencialista en todos los casos en los que se encuentren involucradas las personas con discapacidad, sino en el hecho de otorgarles todas las facilidades a través de políticas públicas y normativas que eliminen sobre todo las barreras que impidan su total desarrollo e integración en la comunidad, conservando su plena autonomía y libertad.
57. En el presente caso, el recurrente ha acreditado como recomendación de junta médica del hospital Luis H. Sáenz, la necesidad de uso de material biomédico de ayuda auditiva (ambos audífonos) para su hijo, don Pablo José Zapata López; empero, únicamente ha manifestado en su escrito de demanda que es pensionista en el nivel



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01146-2021-AA/TC

LIMA

PABLO JOSÉ ZAPATA LÓPEZ

REPRESENTADO POR ANDRÉS

AMÍLCAR ZAPATA SILVA

de capitán de la Policía Nacional del Perú, y que a la fecha de interposición de la demanda (2 de marzo de 2016), su hijo, quien contaba con veintiún años de edad, se encontraba cursando estudios en la Universidad Alas Peruanas, estudios que tuvo que dejar por no poder acceder a los audífonos que está solicitando.

58. De otro lado, se desconocía las circunstancias objetivas en las que se encontraba don Pablo José Zapata López cuando se solicitó la ayuda de biomédicos; es más, a la fecha de la presente sentencia, también se desconoce ello (tendría actualmente veintiséis años de edad); en otras palabras: se desconoce si cumple o no con tener la capacidad de pago suficiente para sufragar el costo del material biomédico solicitado.
59. En consecuencia, corresponde disponer que la entidad emplazada, a través de alguna de sus oficinas o direcciones, analice la situación concreta de don Pablo José Zapata López, y de acreditarse que no cuenta con los medios económicos para la adquisición de los audífonos solicitados, además de verificar los otros criterios establecidos en los fundamentos 36 y 37 de la presente resolución, deberá proseguir con el trámite de adquisición, a fin de hacerle la entrega de dicho material biomédico; caso contrario, no será posible la continuación de dicho trámite.
60. En consecuencia, este Tribunal considera que la demanda debe estimarse en parte, ya que se habría incumplido el deber del Estado, a través de sus órganos y funcionarios competentes, de verificar las condiciones previas del solicitante y de su hijo, a fin de conocer si ellos por sí mismos son capaces de adquirir dicho material biomédico o, si por el contrario, carecen de medios para ello y, por tanto, si la negativa en la adquisición y entrega de material biomédico por parte de la entidad emplazada a favor de don Pablo José Zapata López, estaría impidiendo el ejercicio pleno de sus derechos. Por consiguiente, corresponde declarar la nulidad del Oficio 063-2016-IN-SALUDPOL-GG, de fecha 10 de febrero de 2016, que denegó la solicitud de adquisición de dos audífonos para el paciente don Pablo José Zapata López.
61. Finalmente, en atención a que se estima en parte la demanda, corresponde ordenar que el emplazado asuma el pago de los costos procesales, en atención a lo dispuesto por el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, que se liquidará en ejecución de sentencia.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01146-2021-AA/TC

LIMA

PABLO JOSÉ ZAPATA LÓPEZ

REPRESENTADO POR ANDRÉS

AMÍLCAR ZAPATA SILVA

2. **DISPONER** que, en un plazo no mayor a 30 días hábiles, contados a partir de la fecha de notificación de la presente sentencia, la entidad emplazada, a través de alguna de sus oficinas o direcciones, emita un informe sobre la situación económica de don Pablo José Zapata López, así como de los otros criterios establecidos en los fundamentos 36 y 37 de la presente sentencia, con el objeto de determinar si le corresponde o no la adquisición y entrega del material biomédico de ayuda auditiva solicitado (audífonos).
3. **DISPONER** que la entidad emplazada informe a este Tribunal sobre lo ordenado precedentemente, inmediatamente luego de concluido el plazo ahí dispuesto.
4. **DISPONER** el pago de los costos procesales, que se liquidarán en ejecución de sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01146-2021-AA/TC

LIMA

PABLO JOSÉ ZAPATA LÓPEZ

REPRESENTADO POR ANDRÉS

AMÍLCAR ZAPATA SILVA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el debido respeto por la posición de nuestros colegas magistrados, emitimos el presente fundamento de voto por las siguientes consideraciones:

1. En el presente caso, si bien estamos conformes con la ponencia que declara fundada la demanda, nos apartamos de los fundamentos 4 al 10 pues disentimos de toda disertación sobre la tutela judicial de los derechos sociales y del fundamento 55 que hace referencia a una sentencia donde suscribimos un voto singular.
2. Consideramos que, en virtud del artículo 7 de la Constitución y en tanto que los derechos humanos se interpretan de conformidad con los tratados sobre la misma materia ratificados por el Perú (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución), el contenido constitucionalmente tutelado del derecho a la protección de la salud se encuentra claramente reconocido en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC), y en el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como Protocolo de San Salvador.
3. Así, en el artículo 10 de este último se indica lo siguiente:
 1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.
 2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:
 - a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;
 - b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;
 - c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
 - d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;
 - e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01146-2021-AA/TC

LIMA

PABLO JOSÉ ZAPATA LÓPEZ

REPRESENTADO POR ANDRÉS

AMÍLCAR ZAPATA SILVA

- f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.
4. En cuanto a la tutela de los derechos sociales, como el derecho a la protección de la salud, el artículo 2.1 del PDESC señala que cada uno de los Estados se compromete a adoptar medidas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente la plena efectividad de tales derechos. Asimismo, el artículo 19.8 del Protocolo de San Salvador dice: "los Consejos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [...] tendrán en cuenta la naturaleza progresiva de la vigencia de los derechos objeto de protección por este Protocolo". Esto concuerda con la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución ("Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente").
5. Sin perjuicio de ello, debe tenerse presente que este Tribunal ha enfatizado que "los derechos sociales, como es el caso de la salud pública, no representan prestaciones específicas por sí mismas, pues dependen de la disponibilidad de medios con que cuente el Estado, lo que, sin embargo, de ninguna manera puede justificar la inacción prolongada [...], ya que ello devendría en una omisión constitucional" (STC 2016-2004-AA/TC, fundamento 48).

Por lo tanto, habiendo aclarado lo referido, votamos a favor de la ponencia que resuelve 1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda; 2. **DISPONER** que, en un plazo no mayor a 30 días hábiles, contados a partir de la fecha de notificación de la presente sentencia, la entidad emplazada, a través de alguna de sus oficinas o direcciones, emita un informe sobre la situación económica de don Pablo José Zapata López, así como de los otros criterios establecidos en los fundamentos 36 y 37 de la presente sentencia, con el objeto de determinar si le corresponde o no la adquisición y entrega del material biomédico de ayuda auditiva solicitado (audífonos); 3. **DISPONER** que la entidad emplazada informe a este Tribunal sobre lo ordenado precedentemente, inmediatamente luego de concluido el plazo ahí dispuesto; 4. **DISPONER** el pago de los costos procesales, que se liquidarán en ejecución de sentencia.

S.

FERRERO COSTA



EXP. N.º 01146-2021-AA/TC

LIMA

PABLO JOSÉ ZAPATA LÓPEZ

REPRESENTADO POR ANDRÉS

AMÍLCAR ZAPATA SILVA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto a mis ilustres colegas magistrados, considero pertinente realizar las siguientes precisiones:

LOS DERECHOS SOCIALES

1. Un Estado Social y Democrático de Derecho se caracteriza por privilegiar valores tales como la igualdad y la libertad siempre que apunten al desarrollo de la dignidad humana, tal como está señalado en el artículo 1 de nuestra Constitución. En ese sentido, es necesario articular los derechos fundamentales que de allí nacen.
2. Los derechos sociales han recorrido un largo camino, algunas veces para avanzar, otras para retroceder, pues incluso su propia locución ha servido para abordar diferentes situaciones normativas⁶. En efecto, antes de entrar a la clásica distinción entre los derechos sociales y otros derechos, la propia acepción “derechos sociales” tiene varios sentidos: i) derechos sociales internacionales; ii) derechos sociales legislativos; iii) derechos sociales constitucionales⁷.
3. Ahora bien, conviene destacar que tradicionalmente se ha distinguido a los derechos sociales de los derechos civiles en virtud de su exigibilidad judicial. Los últimos serían exigibles por medios de procesos judiciales, mientras que los sociales responderían a decisiones políticas. En efecto, los derechos sociales implicarían una prestación positiva por parte del Estado, en tanto que los derechos civiles no requieren alguna actuación positiva.
4. Dichas distinciones pretenden asignar una característica única tanto a los derechos sociales como a los civiles. No obstante, se pueden presentar diferentes supuestos que dan cuenta del carácter autónomo y a su vez prestacional de algunos derechos sociales⁸.
 - ❖ Derechos sociales que en alguna medida comportan obligaciones negativas para el Estado, pero cuyo rasgo definidor principal sigue siendo prestacional. En este supuesto pueden encontrarse la mayoría de los derechos sociales.
 - ❖ Derechos sociales cuyo rasgo definidor principal no es la prestación, sino la autonomía. Precisamente, en este supuesto se encuentran derechos como la huelga o libertad sindical.

⁶ MAZZIOTTI, Manlio. “Diritti sociali”. En: *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XII, Milano, Giuffrè, 1964, pp. 802-803.

⁷ KING, Jeff. *Judging social rights*. Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 18-19.

⁸ PACHECO TORRES, Miguel Ángel. *El estado del estado social. Una cuestión pendiente*. Barcelona, Atelier, 2017, pág. 49.



EXP. N.º 01146-2021-AA/TC

LIMA

PABLO JOSÉ ZAPATA LÓPEZ

REPRESENTADO POR ANDRÉS

AMÍLCAR ZAPATA SILVA

- ❖ Derechos civiles y políticos que en alguna medida tienen un carácter prestacional, pero sin perder su condición de derechos de autonomía. Aquí tenemos derechos como a la libertad religiosa o la libertad de trabajo.
- 5. Si bien el Tribunal Constitucional, a lo largo de su jurisprudencia constitucional, no ha delimitado la tutela de los derechos sociales como en el párrafo anterior, sí es factible sostener que la diferencia entre derechos civiles y derechos sociales ha sido superada.
- 6. En efecto, el Tribunal Constitucional ha precisado que si bien la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población⁹.
- 7. En esa misma línea, la estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como un conjunto de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares. Cuestión distinta es que las obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos¹⁰.
- 8. Como puede apreciarse, no existen diferencias, en razón a su estructura, entre los derechos individuales y los derechos sociales, por lo que éstos últimos son tan exigibles como los primeros. Caso contrario, confirmaríamos el presunto carácter programático de los derechos sociales, posición que ha sido superada ampliamente.
- 9. Ahora bien, los derechos sociales y sus titularidades tienen ciertas particularidades que en algunos casos hacen que su urgencia sea extrema. Estas situaciones de especial vulnerabilidad se encuentran en los grupos históricamente discriminados, también conocidos como las categorías sospechosas¹¹. Aquí podemos encontrar situaciones tan variables como la raza, la edad, el género, salud mental¹², entre otros.

⁹ Exp. 02945-2003-AA, fundamento jurídico 12.

¹⁰ ABRAMOVICH, Víctor, COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Trotta, 2002, pág. 24.

¹¹ SABA, Roberto. "Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?" En: GARGARELLA, Roberto (coordinador). *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, pp. 695-742.

¹² SMITH CASTRO, Pamela, BURGOS JAEGER, Mariana. "Los debates pendientes en materia de discapacidad, libertad y capacidad jurídica". En: *Gaceta Constitucional*, Tomo 144, Diciembre 2019, pp. 164-176. Precisamente sobre la discapacidad mental, la jurisprudencia constitucional tiene un largo camino por recorrer, como ya ha sido analizado en: RODRÍGUEZ GAMERO, Marco Alonso. "Nuevas perspectivas conceptuales en la afirmación del derecho a la igualdad en las personas con discapacidad mental: una



EXP. N.º 01146-2021-AA/TC

LIMA

PABLO JOSÉ ZAPATA LÓPEZ

REPRESENTADO POR ANDRÉS

AMÍLCAR ZAPATA SILVA

10. La protección de los derechos sociales por las Cortes Constitucionales o quien haga de sus veces es indudable. Ergo, la problemática de los derechos sociales fundamentales no solamente la encontramos en su justiciabilidad, sino en la ejecución de las sentencias sobre la materia. Y es que las diferentes perspectivas en que se pueda vincular el control constitucional¹³ con las diferentes técnicas de interpretación jurídica respecto de los derechos sociales requieren necesariamente un Tribunal Constitucional fuerte, pero limitado.
11. Aunada a la idea anterior, encontramos que los derechos sociales al momento de ser judicializados, deben encontrar medidas más sencillas para que puedan ser protegidos, aunque dicha situación dependerá mucho del enfoque que se utilice para interpretar los derechos sociales fundamentales, es decir ya sea por un análisis de razonabilidad, del mínimo esencial¹⁴ o el test de proporcionalidad¹⁵.

EL DERECHO A LA IGUALDAD

12. La igualdad es un derecho fundamental que está consagrado en el artículo 2 de nuestra Constitución: “(...) toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha precisado que estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino en ser tratadas del mismo modo que quienes se encuentran en una idéntica situación (Cfr. STC 02835-2010-AA, fundamento jurídico 38).
13. Adicionalmente, se ha establecido que el derecho a la igualdad puede entenderse desde dos perspectivas: Igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas está referida a la norma aplicable a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la disposición normativa. La segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales.
14. Finalmente, el derecho a la igualdad debe complementarse con las categorías de diferenciación y discriminación. La diferenciación, está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se

evaluación crítica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”. En: *Estudios Constitucionales*, Vol. 18, Núm. 1, 2020, pp. 145-211.

¹³ Se distinguen hasta cinco formas de control constitucional respecto de los derechos sociales: YOUNG, Katharine. *Constituting economic and social rights*. Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 142-166.

¹⁴ Sobre el criterio de razonabilidad y el mínimo esencial: LIEBENBERG, Sandra. *Socio-Economic rights. Adjudication under a transformative constitution*. Claremont, Juta, 2010, pp. 131-227.

¹⁵ CONTIADES, Xenophon, ALKMENE, Fotiadou. “Social rights in the age of proportionality: global economic crisis and constitutional litigation”. In: *International Journal of Constitutional Law*, 2012, pp. 660-686.



EXP. N.º 01146-2021-AA/TC

LIMA

PABLO JOSÉ ZAPATA LÓPEZ

REPRESENTADO POR ANDRÉS

AMÍLCAR ZAPATA SILVA

estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable (Cfr. STC 02974-2010-AA, fundamento jurídico 8; STC 02835-2010-AA, fundamento jurídico 41).

15. Entendida el derecho a la igualdad en los términos anteriormente descritos, el mecanismo que ha utilizado el Tribunal Constitucional para determinar cuándo estamos frente a un trato desigual es el test de igualdad. Esto se aborda, con mayor claridad en la igualdad en sentido material, que explicaremos en este voto.
16. Sin embargo, el derecho a la igualdad definida en estos términos por nuestra jurisprudencia constitucional, a nuestro juicio, no es suficiente para dar cuenta de las violaciones sistemáticas. En ese sentido, aquellas personas que padecen los efectos de esa discriminación no pueden salir de esa situación en forma individual y por sus propios medios, sino que se requieren medidas de acción positiva reparadoras o transformadoras para lograr igualdad real de oportunidades para el ejercicio de los derechos¹⁶. En consecuencia, considero que los alcances del derecho a la igualdad deberían ser ampliados por la justicia constitucional.
17. Lo que nuestro Tribunal Constitucional ha desarrollado en parte de su jurisprudencia, es la igualdad formal en tanto ha sostenido que no hay vulneración al derecho a la igualdad siempre que se trate del mismo modo a las personas que se encuentran en una idéntica situación. Esta primera tesis tiene algunos inconvenientes. Primero, no da cuenta de las violaciones estructurales, pues parte de comparar una situación individual frente a otras. Asimismo, no examina si las razones por las que se realizó la clasificación son legítimas. Finalmente, no verifica cuáles son las circunstancias y las propiedades relevantes para que una situación pueda ser calificada como desigual.
18. Una segunda manera de abordar la igualdad es a través de una perspectiva material. Lo que se busca aquí es la razonabilidad de la medida presuntamente contraria al derecho a la igualdad. Para lograr dicho cometido, se utilizan tres sub exámenes, que han sido tomados del principio de proporcionalidad, es decir, hay que analizar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cuyos contenidos han sido desarrollados por abundante jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, a la cual nos remitimos.
19. Una vez precisado los tres sub exámenes de igualdad, conviene ahora determinar su ámbito de aplicación, el mismo que se hará en diferentes intensidades. Así tenemos los siguientes escrutinios¹⁷:

¹⁶ CLÉRICO, Laura y ALDAO, Martín. “Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como retribución y como reconocimiento”. En: *Lecciones y Ensayos*, N° 89, 2011, pp. 142-143.

¹⁷ Ídem, pp. 147-148.



EXP. N.º 01146-2021-AA/TC

LIMA

PABLO JOSÉ ZAPATA LÓPEZ

REPRESENTADO POR ANDRÉS

AMÍLCAR ZAPATA SILVA

- i) Escrutinio leve: Se parte de la presunción de legitimidad/constitucionalidad de la clasificación realizada por el legislador. En consecuencia, la carga de la argumentación la tiene quien se encuentra presuntamente vulnerado en su derecho a la igualdad.
 - ii) Escrutinio intermedio: Exige una relación más sustancial entre clasificación, criterio de clasificación, efectos de la clasificación y razones justificatorias, así debe demostrarse una relación estrecha entre clasificación y razones justificatorias y alegarse algún fin estatal importante que justifique la clasificación.
 - iii) Escrutinio estricto: Implica partir de la presunción de la arbitrariedad de la discriminación. Asimismo, la carga de la argumentación se traslada a quienes presuntamente han vulnerado el derecho a la igualdad. Por lo general, se aplica a grupos que históricamente han sido vulnerados, como las mujeres, las comunidades indígenas, entre otros. Es precisamente aquí, donde ante la falta de claridad es posible plantear las denominadas “categorías sospechosas”.
20. Finalmente, la igualdad como redistribución y reconocimiento afirma que la igualdad debe ser construida en cada caso concreto, con la participación de todos los implicados en la situación de desigualdad. En consecuencia, la interpretación de la igualdad debe adecuarse a la segmentación social que el paradigma predominante ha producido¹⁸.

EL DERECHO FUNDAMENTAL-SOCIAL A LA SALUD

21. La salud puede ser entendida como el funcionamiento armónico del organismo, tanto en el aspecto físico como psicológico. Constituye una condición indispensable para el desarrollo y un medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo. La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha precisado, por su parte, que dicho concepto no se limita solo a la ausencia de enfermedad, sino que alude a un estado de completo bienestar físico, mental y social.
22. En lo que concierne al derecho a la salud, este comprende una serie de posiciones iusfundamentales, los cuales pueden ir desde el derecho a los servicios de salud hasta el derecho a que los determinantes sociales no impidan el goce de una buena salud (cfr. STC Exp. n.º 0033-2010-PI, f. j. 34).
23. En relación con el derecho a los servicios de salud, que tal vez es el ámbito más distintivo de este derecho, el Tribunal Constitucional ha señalado que estos servicios

¹⁸ Ídem, pág. 153.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01146-2021-AA/TC

LIMA

PABLO JOSÉ ZAPATA LÓPEZ

REPRESENTADO POR ANDRÉS

AMÍLCAR ZAPATA SILVA

deben ser brindados de *modo integral*, es decir, “(...) con prestaciones que supongan la promoción, prevención, recuperación y rehabilitación de la salud, en condiciones adecuadas de *calidad, oportunidad, aceptabilidad y accesibilidad* física y económica, en tanto elementos esenciales de la atención sanitaria” (STC Exp. n.º 0033-2010-PI, f. j. 34.c). En este sentido, entonces, el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud comprende el derecho a recibir un servicio de salud otorgado de acuerdo a las características a las cuales se acaba de hacer referencia.

24. Por otra parte, este Tribunal ha tenido ocasión de referirse a la autonomía del derecho a la salud con respecto de los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica (STC Exp. n.º 5842-2006-PHC). Al respecto, ha afirmado que “quizás donde el Tribunal Constitucional ha de optimizar su posición es respecto a la *autonomía del derecho fundamental a la salud*. Es cierto que suele estar íntimamente relacionado con otros derechos o bienes jurídicos constitucionales, pero no puede negarse que su contenido es especial, único, exclusivo y excluyente, tal como se ha podido notar en el fundamento precedente.
25. De hecho, el derecho a la salud tiene sustento en el principio de dignidad del ser humano [posición asumida en la STC Exp. n.º 3593-2005-PA], está íntimamente conectado con el derecho a la vida, sobre todo con la vida digna [fundamento 28 de la STC Exp. n.º 2945-2003-AA; además, fundamento 27 de la STC Exp. n.º 2016-2004-AA y fundamento 43 de la STC Exp. n.º 3330-2004-AA], tiene una vinculación irresoluble con el derecho a la integridad [fundamento 10 de la STC Exp. n.º 05954-2007-PHC], y cuenta con un estrecho enlazamiento con el medio ambiente [fundamento 2 de la STC Exp. n.º 2064-2004-AA, sobre todo en lo relativo a la higiene ambiental]; pero igual debe permitirse su *tutela independiente*” (f. j. 48).
26. Como ya hemos argumentado en anteriores oportunidades, cuando se discuten derechos sociales fundamentales, es conveniente escuchar los argumentos de todos los actores civiles a efectos de mejorar las sentencias del Tribunal Constitucional, que en buena cuenta siempre deben encontrar la unanimidad en sus decisiones. Dicha unanimidad es posible por medio del diálogo, que funciona como un mecanismo a través del cual la democracia convierte las preferencias autointeresadas en preferencias imparciales¹⁹.

S.

MIRANDA CANALES

¹⁹ NINO, Carlos. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Traducción de Roberto Saba. Barcelona, Gedisa, 1997, pág. 202.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01146-2021-AA/TC

LIMA

PABLO JOSÉ ZAPATA LÓPEZ

REPRESENTADO POR ANDRÉS

AMÍLCAR ZAPATA SILVA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Con el debido respeto por mis colegas magistrados, debo expresar mi desacuerdo con lo resuelto en el presente caso por las razones siguientes:

El artículo 200, inciso 2, de la Constitución establece que la acción de amparo procede contra el hecho u omisión que *vulnera* o *amenaza* los derechos reconocidos por la Constitución. En esa línea, el Código Procesal Constitucional señala que su finalidad es proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a su violación o amenaza de violación.

La sentencia de mayoría declara fundada la demanda, pero, lejos de reponer las cosas al estado anterior a la vulneración de los derechos alegados —esencialmente, el derecho a la salud—, emite una serie de disposiciones que no hacen otra cosa que mantener la incertidumbre del demandante respecto de la viabilidad de su pretensión.

El actor solicita que Saludpol adquiera y entregue dos audífonos a su hijo, en atención a la hipoacusia neurosensorial bilateral severa que padece. La sentencia, por su parte, dispone que la demandada emita un informe sobre la situación económica del hijo del actor —quien es mayor de edad—, a fin de determinar si corresponde o no la entrega del material biomédico solicitado.

Dicho mandato no se sostiene en disposición normativa alguna. No solo contraviene la naturaleza misma del proceso de amparo, pues no ha identificado la *vulneración* o *amenaza* en la que habría incurrido el demandado —y, por tanto, no restituye al agraviado en el pleno goce de sus derechos—, sino que pretende apoyarse en un criterio esbozado por mis colegas magistrados en la propia sentencia que distorsiona el sistema de seguridad social de la Policía Nacional del Perú y que, por demás, no constituye precedente. Sostienen, pues, lo siguiente:

se debe otorgar la oportunidad a quienes requieren tales tratamientos, medicamentos o material biomédico no cobaturados (no financiados ni subsidiados), de acreditar que se encuentran en la imposibilidad de acceder por sus propios medios a dichos servicios o bienes, a través de algún comité evaluador u oficina de ayuda o bienestar social de la entidad responsable.

El derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, reconocido en el artículo 10 de la Constitución no puede ser utilizado como justificación para insertar excepciones discrecionales a las exclusiones de las coberturas médicas. Dicha labor, en todo caso, debería realizarse normativamente, sobre la base del sustento técnico correspondiente.

Si bien las exclusiones —en tanto disposiciones normativas— pueden ser objeto de control constitucional, ello no ha sido analizado en la sentencia de mayoría. Para tal



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01146-2021-AA/TC

LIMA

PABLO JOSÉ ZAPATA LÓPEZ

REPRESENTADO POR ANDRÉS

AMÍLCAR ZAPATA SILVA

efecto, hubiese tenido que solicitarse, previamente, la base médica y financiera que justifique la exclusión de los audífonos para sordera de los planes de aseguramiento de Saludpol, establecida en el numeral 8 del literal b del artículo 29 del Decreto Supremo 002-2015-IN, Reglamento del Decreto Legislativo 1174, Ley de Fondo de Aseguramiento en Salud de la Policía Nacional del Perú. Con dicha información, el Tribunal Constitucional hubiese podido tomar una decisión justa.

En la medida que no se cuenta con la información técnica que permita argumentar razonablemente que la exclusión de este material biomédico de ayuda auditiva de los planes de aseguramiento de Saludpol contraviene el derecho a la salud y, por tanto, es inconstitucional, no puede ejercerse control difuso de la norma alegada. En consecuencia, siendo que la entidad demandada ha actuado conforme a lo establecido por las disposiciones legales correspondientes y que no tiene la potestad jurisdiccional de inaplicar normas o incorporar excepciones a las mismas, voto por declarar **INFUNDADA** la demanda.

S.

SARDÓN DE TABOADA